

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

**A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO
ERÁRIO POR DANOS DECORRENTES DE ATOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 852.475/SP E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS**

FÁBIO ROHLOFF ROQUETTE

Rio de Janeiro

2019

FÁBIO ROHLOFF ROQUETTE

**A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO
ERÁRIO POR DANOS DECORRENTES DE ATOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 852.475/SP E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Cláudio Moreira Gomes.

Rio de Janeiro

2019

CIP - Catalogação na Publicação

R786i

Roquette, Fábio Rohloff A Imprescritibilidade
das ações de ressarcimento ao erário por danos
decorrentes de atos de improbidade administrativa:
uma análise do Recurso Extraordinário 852.475/SP e
de suas consequências / Fábio Rohloff Roquette. --
Rio de Janeiro, 2019.
62 f.

Orientador: Luiz Claudio Moreira Gomes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Improbidade Administrativa. 2. Recurso
Extraordinário nº 852.475/SP. 3.
Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao
erário. 4. Interpretação do artigo 37, parágrafo
5º, da Constituição da República. I. Gomes, Luiz
Claudio Moreira , orient. II. Título.

FÁBIO ROHLOFF ROQUETTE

**A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO
ERÁRIO POR DANOS DECORRENTES DE ATOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 852.475/SP E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Cláudio Moreira Gomes.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____ Orientador

_____ Membro da Banca

_____ Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019/2

RESUMO

O presente trabalho objetiva uma análise detalhada das teses apresentadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, buscando fomentar a discussão sobre a interpretação do art. 37, § 5º da Constituição Federal frente à Lei de Improbidade Administrativa (LIA), especialmente no que tange à possibilidade de se considerar imprescritíveis ou prescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa (Tema 897 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal). Assim, procura-se estabelecer uma sistematização dos argumentos favoráveis a cada uma das teses, evidenciando o conflito existente, na hipótese, entre os princípios da proteção do patrimônio público e da segurança jurídica, bem como da garantia à ampla defesa. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, a Suprema Corte decidiu serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa. Não obstante, tendo por base uma interpretação histórica e sistêmica, assim como a necessidade de se preservar as garantias fundamentais da segurança jurídica e o direito de defesa dos particulares, é possível concluir que o legislador constituinte optou por seguir a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro e adotar a tese da prescritibilidade, tendo o Supremo Tribunal Federal, portanto, se distanciado da melhor interpretação do artigo 37, parágrafo 5º da Constituição, ao entender que as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa não se sujeitam à prescrição.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Pretensão de Ressarcimento ao Erário. Recurso Extraordinário nº 852.475/SP. Tema 897. Imprescritibilidade. Conflito entre Princípios e Garantias Constitucionais. Interpretação Histórica. Interpretação Sistêmica. Prevalência da Segurança Jurídica e da Garantia da Ampla Defesa do Agente em Detrimento do Patrimônio Público.

ABSTRACT

The present study aims at a detailed analysis of the theses presented by the Ministers of the Supreme Federal Court in the records of the Extraordinary Appeal #852.475/SP, seeking to foster the discussion on the interpretation of article 37th, 5th paragraph of the Federal Constitution and the Administrative Misconduct Law (LIA), especially regarding the possibility of considering or not imprescriptible the actions for compensation to the Public Administration resulting from intentional acts of administrative misconduct (Theme 897 of the general repercussion). Thus, we seek to establish a systematization of the arguments in favor of each of the theses, highlighting the existing conflict between the principles of the protection of public property and legal certainty, as well as the guarantee of broad defense. In the judgment of Extraordinary Appeal #852.475/SP, the Supreme Court ruled that the actions for reimbursement to the public treasury arising from intentional acts of administrative misconduct are imprescriptible. Nevertheless, based on a historical and systemic interpretation, as well as the need to preserve the fundamental guarantees of legal certainty and the right of defense of individuals, we can conclude that the constituent legislator chose to follow the general rule of the Brazilian legal system, in order to adopt the thesis of prescriability, having, therefore, the Federal Supreme Court distanced itself from the better interpretation of article 37th, paragraph 5th of the Constitution, when it understands that the actions of reimbursement to the Public Administration resulting from intentional acts of administrative improbity are not subject to the prescription.

Keywords: Administrative Misconduct. Claim of compensation to the Public Administration. Extraordinary Appeal #852.475/SP. Theme 897 of the general repercussion. Imprescriptibility. Conflict between Constitutional Principles and Guarantees. Historical Interpretation. Systemic interpretation. Prevalence Legal Security and Right of Defense of the Individuals in detriment of the Public Patrimony.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 OS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	10
1.1 Prescrição	10
1.2 Distinções entre prescrição e decadência	14
1.3 Atos de improbidade administrativa	16
1.4 A prescrição nas ações de improbidade administrativa	19
2 O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475.....	21
2.1 Os requisitos para a admissão do recurso e o reconhecimento da repercussão geral	21
2.2 A tese defendida pela Procuradoria-Geral da República	25
2.3 A tese defendida pela Advocacia-Geral da União.....	30
2.4 Os votos dos Ministros.....	32
3 A TESE DA IMPRESCRITIBILIDADE.....	36
4 A TESE DA PRESCRITIBILIDADE.....	42
5 CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO.....	50
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

Em agosto de 2018, o plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema 897 da repercussão geral, julgou parcialmente procedente Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, para afastar a prescrição da ação de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa, e fixou a tese de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

Durante o julgamento, foi possível perceber a complexidade do tema, bem como as questões jurídicas e extrajurídicas que envolviam a atuação da Suprema Corte e as possíveis consequências da sua decisão. No julgamento, a tese da imprescritibilidade, capitaneada pelo Ministro Edson Fachin, saiu vencedora, com 6 (seis) votos favoráveis, tendo sido verificadas intensas discussões e debates no plenário da do Supremo Tribunal Federal.

A controvérsia jurídica sobre a questão surge, principalmente, em razão da redação dada pelo legislador constituinte ao parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que:

“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

A partir daí, abre-se a possibilidade de diferentes interpretações acerca do dispositivo, em especial em relação à ressalva que o legislador constituinte fez na parte final do artigo, com a inclusão da expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Dentre as principais correntes, têm-se (i) a que defende a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário e (ii) a que entende pela necessidade da fixação de um prazo prescricional para o ajuizamento das referidas ações decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa que geraram danos ao patrimônio público.

Os objetos de estudo da presente monografia, portanto, serão as teses abordadas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, que, por maioria dos votos, reconheceu

a imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa, assim como as consequências e os efeitos práticos e teóricos dessa decisão da Suprema Corte e a sua repercussão nos âmbitos social, político, econômico e jurídico.

Por um lado, os defensores da tese da imprescritibilidade sustentam, em síntese, que se deve entender que a Lei nº 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) não poderia estabelecer prazos prescricionais para as ações de ressarcimento por danos ao erário em função da necessidade de preservação do interesse público, sendo elas, portanto, imprescritíveis.

Além disso, alegam que o eventual reconhecimento da prescritibilidade dessas ações culminaria no enfraquecimento do combate à corrupção, uma vez que os agentes públicos se valeriam da sensação de impunidade e da suposta inércia dos órgãos investigadores estatais para praticar atos de improbidade e enriquecer ilicitamente às custas do patrimônio público.

Por outro lado, os partidários da tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos de improbidade administrativa entendem ser a prescrição necessária para a preservação da segurança jurídica e para a estabilização das relações sociais, elementos muito caros à nossa sociedade e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, por se tratar da regra geral no ordenamento jurídico, a imprescritibilidade dessas ações somente poderia ser deduzida em face de uma previsão constitucional expressa, o que não se verifica no parágrafo 5º do artigo 37.

Ademais, defendem que a conclusão pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário criaria um grande obstáculo ao exercício do direito à ampla defesa pelos particulares, notadamente em razão da dificuldade de se exigir que o particular guarde, durante décadas, provas e documentos capazes de ilidir as acusações referentes à prática do ato de improbidade.

O presente trabalho objetiva, portanto, fomentar as discussões sobre o tema e apresentar, de forma detida, as teses e os argumentos favoráveis e contrários à imprescritibilidade dessas ações, apresentados nos autos do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, destacando também a conjuntura política e econômica que influenciou a decisão proferida pela Suprema Corte, assim

como as consequências e os impactos gerados pela decisão na jurisprudência, isto é, nos processos judiciais em curso, e nas ações que ainda serão ajuizadas.

Inicialmente, busca-se realizar, no capítulo I, uma breve revisão acerca do instituto da prescrição e do que se entende por atos de improbidade administrativa no direito brasileiro, objetivando fixar bases teóricas e pontos de partida comuns para que seja possível a análise detalhada da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, serão apresentados os conceitos histórico-etimológicos dos institutos, seus elementos, fundamentos e como a prescrição e os atos de improbidade administrativa são tratados em conjunto pela Lei de Improbidade Administrativa e pela própria Constituição Federal de 1988.

Em seguida, no capítulo II, propõe-se a análise detalhada dos requisitos processuais necessários para a interposição e o conhecimento dos recursos extraordinários, bem como da dinâmica do julgamento que culminou na fixação da tese da imprescritibilidade. Além disso, analisar-se-á os pareceres da Procuradoria-Geral da República e da Advocacia-Geral da União nos autos do Recurso Extraordinário, os quais foram elaborados no sentido da tese que se sagrou vencedora no julgamento.

Nos capítulos III e IV deste trabalho, será realizado um estudo sobre os principais argumentos trazidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para sustentar tanto a tese da imprescritibilidade quanto a tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa.

Além disso, far-se-á uma análise dos principais acontecimentos ocorridos no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, examinando-se, em conjunto, os diversos doutrinadores e estudiosos do direito administrativo e constitucional que atuam na defesa de cada uma das teses suscitadas naqueles autos.

Nesses capítulos do presente trabalho, enfatizar-se-á as diferentes correntes doutrinárias invocadas pelos julgadores e, finalmente, a interpretação final conferida pelo plenário da Corte Suprema ao parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, no capítulo V, procura-se destacar as consequências e as controvérsias jurídicas, políticas, sociais e econômicas surgidas a partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 897 da repercussão geral, bem como o modo como os mais diversos Tribunais do país vêm aplicando o entendimento exarado pela Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP.

1. OS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes de adentrar especificamente nas teses elaboradas e utilizadas pelos Ministros do Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário objeto deste estudo, é necessário estabelecer as bases teóricas sob as quais o presente trabalho irá se desenvolver.

Nesse sentido, cumpre esclarecer três pontos centrais: o que se entende, no direito brasileiro, por prescrição, a definição de atos de improbidade administrativa e a forma como os dois institutos se relacionam no nosso ordenamento jurídico.

1.1 Prescrição

Inicialmente, pode-se dizer que a prescrição constitui um instituto de direito material desenvolvido a fim de conferir efetividade ao princípio da segurança jurídica e estabelecer uma certa estabilidade no âmbito das relações sociais e jurídicas, estando intimamente relacionada ao interesse público.

Trata-se, portanto, de uma matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida de ofício e a qualquer tempo pelos órgãos julgadores. Veja-se a lição de Gustavo Tepedino¹:

“A prescrição pode ser alegada perante o juiz monocrático, em 1 instância, ou posteriormente, em segundo grau de jurisdição. Não ocorre a preclusão se a parte não alegar a prescrição logo na contestação, podendo fazê-lo durante todo o processo de conhecimento, inclusive nas razões finais, orais ou escritas.”

Assim, pode-se definir a prescrição como a perda da pretensão de reparação de determinado dano em razão do decurso do tempo previsto em lei para o exercício dessa mesma pretensão frente ao Poder Judiciário. Assim, caso um direito subjetivo seja violado, surge para o titular desse direito a pretensão de reparação do respectivo dano por meio de uma ação judicial. No entanto, quando se verifica o decurso do prazo legalmente previsto para tanto e a ocorrência da prescrição, tem-se que a referida pretensão é extinta, não sendo mais possível o

¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Volume I*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 367.

ajuizamento de uma demanda judicial que busque a condenação da parte contrária à reparação do dano sofrido.

Nesse sentido, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira², para que se apure e se verifique a prescrição, são necessários dois elementos essenciais: o tempo e a inércia do titular do direito. Não basta o decurso do tempo para que a prescrição fulmine determinada pretensão e a extinga. Aliada ao lapso temporal deve estar a inatividade do sujeito, em face da violação de um direito subjetivo de sua titularidade.

É possível perceber, pois, que a prescrição possui fundamento na pacificação social e na segurança jurídica, de modo que o estabelecimento de um prazo para o titular de um direito subjetivo exercer a sua pretensão em Juízo garante que um fato ou uma relação jurídica ocorrida há anos ou décadas não possa mais ser objeto de questionamento perante o Poder Judiciário, prestigiando-se, assim, a estabilidade das relações jurídicas e evitando as incertezas a elas relacionadas.

Além de efetivar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, também é possível constatar que os prazos prescricionais possuem íntimas relações com o princípio do contraditório.

Isso ocorre, pois a prescrição evita que se crie um ônus desproporcional e desarrazoado à parte que, em um eventual processo judicial, necessite provar os fatos objeto de uma lide que ocorreram anos – ou décadas – antes da propositura da ação judicial.

Por certo, tal situação configuraria uma violação às mais básicas garantias da ampla defesa e do contraditório, uma vez que dificultaria a reunião de material probatório pela parte e permitiria uma decisão baseada, muitas vezes, em pequenas evidências e desprovida de um lastro probatório robusto e concreto.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Volume I – Introdução ao Direito Civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 572.

Além disso, destaca-se que o instituto da prescrição está presente em diversos ramos do direito, como por exemplo no direito civil, administrativo, penal, tributário e previdenciário, sendo aplicável, inclusive, aos atos de improbidade administrativa.

No direito civil, a prescrição está prevista nos artigos 189³ e seguintes do Código Civil de 2002, sendo caracterizada como a extinção da pretensão que surge a partir da violação a um direito e tendo como regra geral o prazo de 10 (dez) anos. Outros prazos prescricionais também são previstos pelos artigos 205 e 206 do Código Civil de 2002, os quais variam entre um, dois, três, quatro e cinco anos, a depender da espécie de direito que tenha sido violado no caso concreto.

Já no âmbito penal, por exemplo, a prescrição é caracterizada como uma das causas extintivas da punibilidade dos crimes, prevista no inciso IV do artigo 107 do Código Penal.

Diferentemente do que ocorre no direito civil, no direito penal a prescrição deve ser analisada sob diversos prismas e em diversos momentos, antes e durante e depois do processo penal de conhecimento, podendo ser reconhecida em abstrato, em concreto, na fase de execução ou, ainda, retroativamente, após a fixação da pena pelo Juízo na sentença penal condenatória.

No que se refere aos atos de improbidade administrativa, o instituto da prescrição está previsto, inicialmente, no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Como se vê, a norma constitucional do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, constitui uma norma de eficácia limitada. Tais normas, de acordo com Luís Roberto Barroso⁴ não possuem normatividade suficiente para a sua aplicação, tendo o legislador constituinte originário deixado ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio.

³Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 249.

Sobre as normas constitucionais de eficácia limitada, os professores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento⁵ defendem que:

“São normas de eficácia indireta e reduzida, que não receberam do constituinte a normatividade suficiente para a produção de todos os seus efeitos. Portanto, essas normas carecem de regulamentação infraconstitucional para se tornarem plenamente operativas. Trata-se de ‘preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela indicado’. Não obstante, mesmo antes da edição desta legislação regulamentadora, estas normas já têm condições de produzir alguns efeitos jurídicos. (...)”

No mesmo sentido, é o entendimento de Alexandre de Moraes⁶:

“(...) normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam ‘aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade’ (por exemplo: CF, art. 192, § 3º (atualmente revogado) – as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar).”

Diante da norma constitucional de eficácia limitada contida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, o legislador infraconstitucional editou a Lei de Improbidade Administrativa, a qual, em seu artigo 23⁷, tratou de regulamentar o dispositivo e prever os prazos prescricionais para o ajuizamento das ações destinadas a efetivar as sanções prevista na própria lei, fixando-se, como regra geral, o prazo de 5 (cinco) anos.

Percebe-se, portanto, que a Lei de Improbidade Administrativa trouxe prazos específicos para que o titular do direito violado, isto é, o sujeito passivo do ato de improbidade, ajuíze a respectiva ação que busque levar a efeito as diferentes sanções previstas no diploma legal.

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 372.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 39.

⁷ Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Dessa forma, é possível concluir que a prescrição é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, somente podendo ser mitigada e atenuada em casos excepcionais, específicos e nos quais haja previsão expressa, hipóteses em que será possível falar em imprescritibilidade.

1.2 Distinções entre prescrição e decadência

Um ponto essencial de discussão quando do estudo da prescrição, é a distinção entre ela e a decadência, institutos que se relacionam, mas não se confundem.

Como visto, a prescrição se relaciona à inércia do titular de um direito subjetivo violado, que não ajuíza a ação cabível no período previsto em lei e, por isso, tem a sua pretensão fulminada, tornando-se a obrigação uma simples obrigação natural.

A decadência, por sua vez, constitui a perda de um direito potestativo, em razão do seu não exercício no prazo pré-estabelecido pela lei⁸, afetando o direito material em si. Em comum com a prescrição, portanto, há o fato de ser um efeito do tempo nas relações jurídicas que decorre da inércia do titular do direito em questão.

Em contraponto ao direito subjetivo verificado na prescrição, por direito potestativo entende-se aquele que não se submete a qualquer prestação e depende exclusivamente da vontade do seu titular para que possa ser exercido, não recaindo qualquer dúvida sobre tal direito e não se admitindo a sua contestação.

Trata-se, pois, de um direito incontroverso, não sendo contraposto a um dever, mas sim a uma sujeição da parte contrária.

Além disso, a decadência não necessariamente decorre da lei, podendo ser o prazo decadencial convencionado entre as partes, nos termos do artigo 211⁹ do Código Civil de 2002. Dessa forma, é possível classificar o instituto em duas espécies: decadência legal e convencional.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Volume I – Introdução ao Direito Civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 577.

⁹ Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.

Sobre as duas espécies de decadência, Caio Mário da Silva Pereira¹⁰ discorre que:

“A decadência convencional é de cunho privado. Instituída pelos interessados, a benefício de um deles, pode ser alegada em qualquer fase do processo, tal qual a prescrição (art. 193), e do mesmo modo que a decadência legal. Instituída no interesse das partes, pode o beneficiário entender de sua conveniência não seja ela pronunciada. E, não estando em jogo um motivo de ordem pública, descabe o suprimento judicial da alegação ou a declaração desta *ex officio* (art. 211).”

Outra diferença digna de observação entre os institutos é o fato de a prescrição estar suscetível aos fenômenos da renúncia, interrupção e suspensão, por expressa determinação legal, o que não se mostra possível quando se está diante do instituto da decadência.

Discorrendo sobre a renúncia, a interrupção e a suspensão da prescrição no direito brasileiro, confira-se as lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹¹:

“Nessa linha, a própria possibilidade de renúncia prévia é elemento interessante para a distinção, uma vez que a decadência, prevista em lei, é irrenunciável (art. 209), enquanto a renúncia à prescrição não é somente admissível, como também se aceita a sua caracterização tácita. Para se renunciar à aplicação da prescrição, todavia, é preciso que a mesma já esteja consumada e não haja prejuízo a terceiro.”

“A legislação prevê diversas causas impeditivas e suspensivas da prescrição. *A priori*, não há diferença ontológica entre impedimento e suspensão da prescrição, pois ambas são formas de paralisação do prazo prescricional. A sua diferença fática é quanto ao termo inicial, pois, no impedimento, o prazo nem chegou a correr, enquanto na suspensão, o prazo, já fluindo, ‘congela-se’, enquanto pendente a causa suspensiva. Por isso mesmo, as causas impeditivas e suspensivas da prescrição são tratadas da mesma forma nos arts. 197 a 199 do CC-02 (...)”

“Uma outra inovação da disciplina legal da prescrição pelo Novo Código Civil diz respeito à interrupção da prescrição, que, agora, somente poderá ocorrer uma única vez.

Esta limitação nos parece bastante salutar, no sentido de moralizar a utilização da possibilidade de interrupção, evitando-se abusos generalizáveis e a própria perpetuação da lide.”

Sistematizando-se as diferenças entre os institutos, pode-se destacar que (i) enquanto a prescrição trata da extinção da pretensão, a decadência se relaciona à perda do próprio direito material; (ii) na prescrição pode haver a renúncia, a interrupção ou a suspensão, enquanto o prazo decadencial é insuscetível, em regra, a esses fenômenos; (iii) a prescrição decorre apenas

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Volume I – Introdução ao Direito Civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 578.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 518, 520 e 525.

de disposição legal e não pode ser alterada por acordo entre as partes, enquanto a decadência, como visto, pode ser legal ou convencional; e (iv) a prescrição se refere somente aos direitos patrimoniais, ao passo que a decadência se relaciona tanto aos direitos patrimoniais quanto aos direitos não-patrimoniais.

1.3 Atos de improbidade administrativa

Após a análise do instituto da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação aos diversos ramos do direito e a necessária distinção em relação ao instituto da decadência, mostra-se necessário esclarecer o que se entende por atos de improbidade administrativa.

Como se sabe, é dever da Administração Pública - e, portanto, dos agentes públicos - obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios estes expressamente previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, a partir de uma interpretação sistêmica, verifica-se que também está a Administração Pública submetida a diversos outros princípios, implícitos na ordem constitucional e previstos nos atos normativos infraconstitucionais.

Nesse sentido, tem-se que o princípio da probidade administrativa é extraído implicitamente das normas constitucionais, regendo o administrador público em todas as suas esferas de atuação, existindo, inclusive, lei específica para coibir e punir os atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes públicos.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho¹²:

“É o primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração. Não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração. O administrador probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferece para contratação; ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio.”

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 65 e 66.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 4º, dispõe expressamente sobre os atos de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Percebe-se, entretanto, que o texto constitucional não oferece um conceito para o instituto, limitando-se apenas a estabelecer as 4 (quatro) sanções cabíveis quando da prática de atos de improbidade, dentre as quais pode-se destacar (i) a suspensão dos direitos políticos; (ii) a perda da função pública; (iii) a indisponibilidade dos bens; e (iv) o ressarcimento ao erário.

Como visto, diante desse quadro, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 8.429/1992, a fim de regulamentar o disposto na Constituição Federal e estabelecer a gradação e a forma com que as referidas sanções serão aplicadas aos sujeitos que pratiquem atos de improbidade administrativa, estabelecendo-se, ainda, um conceito para o instituto.

Assim sendo, por ato de improbidade administrativa, entende-se, nos termos do art. 9º¹³ da Lei de Improbidade Administrativa, o ato que vise auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, importando enriquecimento ilícito.

Não obstante, nas palavras de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁴, para a classificação de determinada conduta como ato de improbidade administrativa na forma prevista pelo artigo 9º da Lei 8.429/1992, faz-se necessária a ocorrência do enriquecimento ilícito do agente ou o simples objetivo de enriquecer ilicitamente terceiros. O enriquecimento ilícito, por sua vez, pressupõe, necessariamente, a violação aos princípios regentes da atividade

¹³ Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

¹⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 445.

estatal, uma vez que a conduta do agente inevitavelmente será eivada de forte ilegalidade e imoralidade.

Ainda, para que haja a caracterização do ato de improbidade administrativa, é imprescindível a presença de alguns requisitos, quais sejam o sujeito ativo, o sujeito passivo, e o elemento subjetivo doloso ou culposo que gerou o dano.

Nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, considera-se sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, em regra, o “agente público, servidor ou não”. Em seu artigo 2º, o referido diploma legal destaca que se reputa agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades passíveis de serem sujeito passivo do referido ato.

Como sujeito passivo do ato de improbidade, a referida lei elenca a pessoa jurídica vítima do ato lesivo, o que engloba, nos exatos termos do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, os seguintes sujeitos:

“Art. 1º (...) a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. (...) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.”

Além disso, para a caracterização da improbidade administrativa, é necessária a existência de dolo ou de culpa na conduta do agente. Dessa forma, para que o ato de improbidade administrativa seja consumado, deverá restar comprovada a negligência, a imprudência e a imperícia do sujeito ativo ou, ainda, o conluio e a intenção de lesar o erário por parte do agente público e do particular que eventualmente estejam atuando em conjunto.

Sobre o tema, confira-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho¹⁵:

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 1.125.

“O elemento subjetivo é o dolo ou culpa, como consta do caput do dispositivo. Nesse ponto o legislador adotou critério diverso em relação ao enriquecimento ilícito. É verdade que há autores que excluem a culpa, chegando mesmo a considerar inconstitucional tal referência no mandamento legal. Não lhes assiste razão, entretanto. O legislador teve realmente o desiderato de punir condutas culposas de agentes, que causem danos ao erário. Aliás, para não deixar dúvida, referiu-se ao dolo e à culpa também no art. 5º, que, da mesma forma, dispõe sobre prejuízos ao erário. Em nosso entender, não colhe o argumento de que a conduta culposa não tem gravidade suficiente para propiciar a aplicação de penalidade. Com toda a certeza, há comportamentos culposos que, pela repercussão que acarretam, têm maior densidade que algumas condutas dolosas.”

No mesmo sentido, Fábio Medina Osório¹⁶:

“Os tipos culposos da improbidade administrativa descendem já da própria Constituição Federal. Nesta, não há restrição alguma à improbidade culposa. Ao contrário, há esforço no sentido da necessária proteção dos valores “eficiência” ou “economicidade”, ao abrigo da moral administrativa e de princípios expressos nos arts. 37 ou 70 da CF. Forte no princípio democrático, a LGIA optou pela eleição da improbidade culposa como modalidade de ilícito. Não desrespeitou o comando do art. 37, §4º, da CF, que prevê uma série de sanções aos atos ímprobos, porque o castigo reservado ao ilícito culposos haverá, como ocorre nos demais tipos de ilícitos, de ser balanceado e ponderado, em consonância com o postulado ou princípio da proporcionalidade.”

Cumprido destacar, por fim, que os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário estão tipificados no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, sendo por ele definidos como “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”.

1.4 A prescrição nas ações de improbidade administrativa

Ao analisarmos a Lei de Improbidade Administrativa, podemos perceber que o diploma legal traz, nos incisos do seu artigo 23, algumas regras de prescrição a serem respeitadas, a depender da situação do agente público que praticou o ato de improbidade administrativa, verificada no caso concreto:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 270.

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.”

Diante das disposições do artigo 23, é possível perceber que a Lei de Improbidade Administrativa não trata do prazo prescricional relacionado às ações de ressarcimento dos danos causados ao erário, que também constitui uma das sanções legais para os atos de improbidade, nos termos do artigo 12 da lei.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 5º, estabelece um tratamento aparentemente diverso para a prescrição das ações de ressarcimento para atos ilícitos praticados por qualquer agente, dispondo que os prazos prescricionais para as sanções decorrentes dos atos de improbidade serão previstos em lei, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Tal redação, entretanto, não é das mais claras e permite o surgimento de diversas controvérsias e interpretações jurídicas distintas, as quais podem levar a conclusões diametralmente opostas, em especial pela prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de ato de improbidade administrativa ou pela imprescritibilidade dessas ações.

A divergência de interpretação no que tange ao referido dispositivo constitucional foi a questão central que gerou a admissão do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, a partir da repercussão geral conferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, e culminou no reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa.

Diante das diferentes teses abordadas pelos Ministros no julgamento do Recurso Extraordinário e da acirrada votação que culminou no julgamento favorável à imprescritibilidade, faz-se necessária a análise minuciosa do julgamento, das premissas fixadas pelos Ministros, dos argumentos por eles utilizados na defesa de suas teses e das consequências geradas pela decisão do Supremo Tribunal Federal. É o que se passa a estudar no presente trabalho.

2. O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 852.475/SP

2.1 Os requisitos para a admissão do recurso e o reconhecimento da repercussão geral

Na origem, o processo se trata de uma ação civil pública em que o Ministério Público do Estado de São Paulo buscava, dentre outras providências, a condenação do réu à obrigação de ressarcir o erário em função de um desvio de verbas públicas que teria sido provocado na aquisição de dois veículos, caracterizando-se como ato de improbidade administrativa.

Em suma, a ação originária tinha como objetivo reparar os danos causados ao patrimônio público pela alienação de dois veículos automotores (um Ford Royale e uma Kombi) em valor inferior ao seu preço de mercado pelo Município de Palmares Paulista – São Paulo.

Ainda, de acordo com o Ministério Público Estadual, enquanto o Ford foi avaliado em R\$ 16.739,00 (dezesesseis mil, setecentos e trinta e nove reais) e vendido por R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), a Kombi foi avaliada em R\$ 3.920,00 (três mil, novecentos e vinte reais) e vendida por R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), totalizando um prejuízo de exatos R\$ 5.359,00 (cinco mil, trezentos e cinquenta e nove reais).

Não obstante o caso concreto, como se sabe, para que os recursos extraordinários possam ser conhecidos pelos Tribunais de origem e, em seguida, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária a demonstração de alguns requisitos específicos verificados no caso concreto, quais sejam: prequestionamento, violação direta à Constituição e existência de repercussão geral.

O requisito do prequestionamento é verificado nos casos em que a matéria objeto do recurso extraordinário já foi devidamente levada ao conhecimento do Poder Judiciário durante o andamento do processo. Ou seja, a matéria já deve ter sido objeto de debate nas instâncias judiciárias inferiores, não sendo possível que a primeira análise do tema seja concedida ao Supremo Tribunal Federal.

Sobre tal requisito, são elucidativas as lições de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷:

“Para que o recurso extraordinário e o recurso especial sejam conhecidos, é preciso que haja o pré-questionamento. Considera-se pré-questionamento o enfrentamento, pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado, da questão de direito que é objeto do recurso excepcional.

O pré-questionamento é uma exigência que compõe a análise do cabimento dos recursos extraordinários e decorre da interpretação que se deu, historicamente, à expressão "causas decididas", constante dos arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988. (...) Esse enfrentamento pode ter sido feito com menção expressa ao dispositivo normativo cuja interpretação é objeto do recurso; é o chamado pré-questionamento expresso. Mas também é possível que o enfrentamento ocorra sem menção expressa a um dispositivo normativo; nesse caso, há o chamado pré-questionamento implícito, como ocorre, por exemplo, quando a decisão recorrida tenha entendido que se considera motivada uma decisão que se vale de uma paráfrase normativa, violando o inciso I do §1º do art. 489 do CPC, embora sem fazer menção a ele. "Se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que está sujeita, é óbvio que se trata de matéria 'questionada' e isso é o quanto basta". Há, enfim, em ambos os casos, pré-questionamento.

Para que haja pré-questionamento, não basta a simples indicação ou menção a dispositivo ou a preceito normativo; é preciso haver manifestação sobre o tema, debate ou discussão. A discussão, a manifestação ou o debate sobre o tema configura o pré-questionamento, ainda que não tenha sido mencionado ou indicado o dispositivo ou preceito normativo.”

Assim, uma vez demonstrado pelo recorrente (no caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo) que a matéria objeto do recurso interposto já havia sido enfrentada e analisada pelo Tribunal recorrido, restou reconhecido o devido prequestionamento capaz de permitir o conhecimento do Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Além do prequestionamento, para que o recurso extraordinário seja admitido, é necessária a existência de violação direta à Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, não se permite a interposição de um recurso extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal quando a ofensa à Constituição da República se mostra indireta ou meramente reflexa.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior¹⁸:

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 310 e 311.

¹⁸ HUMBERTO, Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil – vol. III*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 1.353 e 1.354.

“Para ter-se configurada a questão constitucional é ainda necessário que a ofensa invocada pelo recorrente tenha-se dado diretamente contra a regra traçada pela Constituição, e não tenha decorrido, intermediariamente, de atentado às regras infraconstitucionais. É o que se acha sintetizado na Súmula nº 636 do STF, *in verbis*: ‘Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida’.”

No caso concreto, restou reconhecido pela Corte Suprema, a inequívoca suposta violação direta à Constituição pelo tema suscitado, tendo em vista que toda a questão girava em torno da interpretação a ser conferida ao parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição da República, que culminaria na imprescritibilidade ou na prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 1.035, § 2º, assim como a própria Constituição da República, em seu artigo 102, § 3º, ainda exige um outro requisito cumulativo para a admissibilidade dos recursos extraordinários: a repercussão geral.

Incipientemente introduzida na Constituição de 1969 como “relevância da questão federal” e tendo como inspiração o mecanismo norte-americano da *certiorari*, a repercussão geral foi prevista expressamente no artigo 102, § 3º Constituição da República de 1988, conferindo-se ao Supremo Tribunal Federal o poder de negar conhecimento ao recurso, pelo voto de dois terços de seus membros, quando não verificada no caso concreto.¹⁹

Destaca-se, nesse sentido, que a repercussão geral é presumida nos recursos extraordinários. Tanto é assim que, nos termos do parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição da República, ela somente poderá ser rejeitada pelo voto de dois terços dos membros da Suprema Corte.

Nos termos da legislação vigente, a repercussão geral caracteriza-se pela existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses das partes envolvidas no processo específico e potencialmente possam afetar toda a sociedade.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 46 e 47.

Confira-se o teor do disposto no parágrafo primeiro do artigo 1.035 do Código de Processo Civil:

“Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

No mesmo sentido, discorrem Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Júnior²⁰ que:

“Como se trata de conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento da hipótese de incidência não prescinde do exame das peculiaridades da situação concreta. Como bem afirmam Marinoni e Arenhart, não é possível estabelecer uma noção a priori, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto.

Como visto, o legislador valeu-se, corretamente, de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral. É possível vislumbrar, porém, alguns parâmetros para a definição do que seja ‘repercussão geral’. Podemos considerá-los como indícios de repercussão geral. (...)

José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar a antiga arguição de relevância (2 ed. dos Comentários ao Código de Processo Civil, Forense), apontava as seguintes situações que configurariam relevância: i) decisão capaz de influir concretamente, de maneira generalizada, em grande quantidade de casos; ii) decisão capaz de servir à unidade e ao aperfeiçoamento do Direito, ou particularmente significativa para seu desenvolvimento; iii) decisão que tenha imediata importância jurídica ou econômica para círculo mais amplo de pessoas ou para mais extenso território da vida pública; iv) decisão que possa ter como consequência a intervenção do legislador no sentido de corrigir o ordenamento positivo ou de lhe suprir lacunas; v) decisão que seja capaz de exercer influência capital sobre as relações com os estados estrangeiros ou com outros sujeitos do Direito Internacional Público.”

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, não obstante o “pequeno” desvio de verbas que deu origem à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, restou reconhecida a repercussão geral, sendo o recurso admitido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 19 de maio de 2016.

Entendeu-se pela existência da repercussão geral uma vez que, no recurso extraordinário em questão, estava a se discutir a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa, o que potencialmente afetaria milhares de ações e de situações fáticas e concretas em curso em todo o país.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 365-367.

Após o voto do Relator original do recurso, Ministro Teori Zavascki no sentido de reconhecer a repercussão geral, o Supremo Tribunal, por maioria, o acompanhou, também reputando constitucional a questão discutida no recurso e lavrando o seguinte acórdão:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa.
2. Repercussão geral reconhecida.”

Logo em seguida, atendendo ao comando insculpido no parágrafo 5º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil, o Ministro Relator promoveu a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes que tratavam da questão e que ainda estavam em trâmite no território nacional, de modo que somente poderiam ter prosseguimento após o julgamento definitivo da questão controvertida no Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, reputou-se presente a repercussão geral, entendendo-se que a questão trazida à análise da Suprema Corte pelo Recurso Extraordinário nº 852.475/SP transbordava os limites subjetivos da causa e gerava impactos em todas as camadas da sociedade, considerando-se, principalmente, a relevância dos aspectos social e político.

2.2 A tese defendida pela Procuradoria-Geral da República

Figurando como recorrente, o Ministério Público do Estado de São Paulo sustentava, nos autos do Recurso Extraordinário, que o acórdão recorrido violava o art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

De acordo com a promotoria de justiça, o dispositivo prevê a prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados por qualquer agente público, segundo dispuser a lei, ao passo que também assegura a imprescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário. Do segundo comando emanado do dispositivo constitucional, extrai-se a vedação de lei em sentido contrário, ou seja, a impossibilidade da edição de lei infraconstitucional que preveja a prescrição da penalidade de ressarcimento ao erário pela prática de atos de improbidade.

Ao receber os autos para parecer, a Procuradoria-Geral da República, inicialmente, destacou que a matéria controvertida detinha reflexos diretos no campo de realização das atribuições constitucionais do Ministério Público, em especial da função institucional de proteção do patrimônio público e social, prevista no art. 129, III, da Constituição e no art. 1º, VIII, da Lei 7.347 de 1985.

Assim, estando a guarda permanente da ordem jurídico-democrática sob suas atribuições constitucionais, a Procuradoria-Geral da República manifestou grande interesse sobre o tema e ressaltou a obrigação institucional de controlar as condutas atentatórias aos princípios constitucionais da administração pública, entre os quais está o princípio da moralidade disposto no *caput* do art. 37, da Constituição, do qual é corolário a probidade administrativa.

De acordo com a Procuradoria, o Poder Constituinte, ao estabelecer a hipótese de imprescritibilidade do § 5º do art. 37, não fez ressalvas sobre o tipo de ações de ressarcimento alcançadas por tal regra. Não caberia, portanto, ao legislador ou ao intérprete do direito fazê-lo, não havendo razões para, realizando distinção não prevista no texto constitucional, afirmar que as ações de improbidade administrativa que visam à reparação dos danos causados ao erário pelo agente ímprobo são alcançadas pela prescrição.

A eventual manutenção de um entendimento em sentido contrário violaria diretamente a Constituição, além de implicar mitigação do princípio da moralidade administrativa e desproteção do patrimônio público, bem jurídico amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o parágrafo 5º do artigo 37, da Constituição da República demonstraria acertada preocupação com a efetiva tutela dos cofres públicos e, conseqüentemente, da própria população.

Assim, a proteção do patrimônio público em face das tentativas de “colonização por interesses privados” teria sido consagrada no comando de imprescritibilidade advindo do dispositivo constitucional, que objetiva proteger o erário de forma independente e autônoma.

Além disso, lembrou a Procuradoria-Geral da República o julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069, no qual já havia se manifestado no sentido de ser a

imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário opção expressa do Poder Constituinte para maximizar o princípio da proteção ao patrimônio público.

Somada à proteção do patrimônio público estaria também a proteção da probidade administrativa, corolário do princípio da moralidade, constituindo fator determinante para se estabelecer a necessária distinção entre a prescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário decorrentes de ilícito civil (objeto do Recurso Extraordinário nº 669.069), daquelas em que o dano advém da prática de suposto ato de improbidade administrativa.

De acordo com a Procuradoria-Geral da República, seria a moralidade administrativa que, de fato, impediria a equiparação do dano civil ao dano decorrente da prática de improbidade administrativa.

A defesa da probidade, por constituir interesse difuso, configuraria interesse indivisível de toda a sociedade, não fruível individualmente. Ou seja, tratar-se-ia de um bem jurídico social que exigiria a máxima proteção possível a ser conferida pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, a prática de atos de improbidade administrativa violaria não apenas as normas de serviço interno da administração e o direito de um determinado indivíduo, mas também o dever geral de probidade e o direito de toda a sociedade à higidez da administração pública, afetando diretamente o bem comum, entendido como um direito da sociedade como um todo.

Antecipando-se às discussões que posteriormente surgiriam no plenário da Corte Suprema, a Procuradoria-Geral da República consignou que, no seu entender, o reconhecimento da imprescritibilidade dessas ações não deve ser considerado sob a ótica de um prêmio à administração pública inerte.

Veja-se o seguinte trecho do parecer:

“O Ministério Público, um dos legitimados para propositura da ação civil pública, não é onisciente e pode ocorrer, por exemplo, que, somente na superveniência de alternância no comando de entidade lesada pela prática de ato de improbidade, venha a ter a informação e o conhecimento necessários para a responsável propositura de ação de ressarcimento. Em hipóteses tais, a depender do tempo fluído, nada restaria a fazer para proteger o interesse público, caso escoado o prazo prescricional que se reconhecesse existente.”

A imprescritibilidade representaria, na verdade, a garantia da coletividade à restituição do que lhe foi subtraído pelo agente ímprobo, a partir de violações de princípios constitucionais extremamente caros à população como um todo e do dever de lealdade dos agentes públicos para com as instituições.

Nesse sentido, o dano ao patrimônio público constituiria o resultado, de modo que o Poder Constituinte deliberadamente teria dado preponderância não a ele, mas à forma como é gerado, isto é, por meio do ato de improbidade. Daí surgiria a necessidade de permitir que se dê prosseguimento à ação de improbidade a fim de que, mesmo prescritas as demais sanções, seja alcançada a reparação do dano ao erário e a recomposição do patrimônio público, de natureza imprescritível.

No que tange à ponderação de valores que envolvia a questão discutida no Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, isto é, a ponderação entre os princípios da proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa *versus* o princípio da segurança jurídica do agente ímprobo em face da ação de ressarcimento movida pelo Estado – ao que se denominou “conflito entre a segurança jurídica do indivíduo e a segurança jurídica da coletividade” –, a Procuradora-Geral da República destacou que, no momento da elaboração do texto constitucional, o Poder Constituinte Originário já teria feito a sua opção, não extinguindo um ou outro interesse, mas determinando a fixação de prazos prescricionais para a punição de ilícitos e ressaltando as respectivas ações de ressarcimento desses prazos.

Como ressaltado pela Procuradora-Geral da República à época, Raquel Dodge:

“A segurança jurídica, sob a perspectiva do indivíduo, foi indubitavelmente prestigiada com a determinação de se estabelecerem, por meio de lei, prazos prescricionais para as sanções em sentido estrito decorrentes da prática de ato de improbidade; enquanto o patrimônio e a moralidade foram prestigiados quando se afirmou que, no atinente ao ressarcimento, as ações em face do agente ímprobo não prescreveriam.”

O suposto conflito suscitado seria meramente aparente, tendo em vista que o legislador constituinte originário, apesar de excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, não deixou de homenagear a segurança jurídica, titularizada, contudo, pela sociedade e não pelo particular. Dessa forma, teria prevalecido o interesse público em face do interesse particular do agente ímprobo.

Por fim, a Procuradoria ainda consignou a impossibilidade de se condicionar a imprescritibilidade da ação de reparação dos danos ao prévio reconhecimento do ato causador do dano como improbidade administrativa

Não existiriam diferentes etapas nessas espécies de ação de ressarcimento, mas sim diferentes pretensões na persecução do ato de improbidade administrativa e do seu eventual ressarcimento. Tal compreensão estaria de acordo com a noção de que as exigências legais para a reparação de danos, especialmente verificadas na fase instrutória, seriam menores do que as exigências para a declaração da ocorrência de conduta ímproba ou ilícita penalmente, de forma que se verificaria a prescindibilidade de prévia declaração do ato como ímprobo para que se aceitasse a imprescritibilidade da ação de ressarcimento.

Assim, prevenir-se-ia a inutilidade do reconhecimento da imprescritibilidade em determinadas situações, bem como a posterior aplicação inadequada do decidido pelo Supremo Tribunal Federal a casos que tangenciam a matéria.

Nesse sentido, a conclusão pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e de quem os pratique, agentes públicos ou não, seria a que daria máxima efetividade ao enunciado do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, adequando o princípio do resguardo ao interesse social ao patamar jurídico que lhe conferiu a própria Constituição da República.

No caso concreto, portanto, a Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo provimento parcial do Recurso Extraordinário, para que seja reconhecida a imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na parte relativa ao ressarcimento ao erário.

Propôs-se, assim, a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento do erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de prévia declaração do ato como ímprobo e do agente que o pratique, servidor público ou não.”

2.3 A tese defendida pela Advocacia-Geral da União

Corroborando os argumentos suscitados pela Procuradoria-Geral da República, a Advocacia-Geral da União, após ser admitida como *amicus curiae* nos autos do Recurso Extraordinário, apresentou memorial também destacando a necessidade de se considerar imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa.

De acordo com a Advocacia-Geral da União, a proteção do patrimônio público e, especificamente, do erário, seria a *ratio* do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Tratar-se-ia de inegável garantia constitucional, em consonância com o objetivo do legislador constituinte de elevar a moralidade administrativa a princípio constitucional.

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por atos de improbidade administrativa homenagearia, portanto, a indisponibilidade do interesse público em benefício de toda a sociedade.

Dessa forma, entendeu-se que, em respeito à finalidade da Constituição Federal, a interpretação do dispositivo que deveria ser adotada seria aquela que prestigiasse o interesse público quando comparado ao interesse individual do cidadão, conforme se observa da lição do professor Antônio Celso Campos de Oliveira Faria²¹:

“(...) A odiosa interpretação contra a imprescritibilidade da reparação do dano só interessa ao agente público ímprobo e ao sofisma de que o direito sempre deve conter o instituto da prescrição sob pena de causar insegurança jurídica. Desde que aplicado com parcimônia, em situação de evidente interesse público, deve prevalecer o texto expresso da norma constitucional”.

Além disso, apesar de a regra do ordenamento jurídico brasileiro ser a prescrição, o legislador constituinte originário já teria feito uma ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da proteção ao patrimônio público quando da edição do artigo 37, excepcionando a regra geral em prol da moralidade administrativa, da indisponibilidade do interesse público e em benefício de toda a coletividade.

²¹ FARIA, Antônio Celso Campos de Oliveira. *Prescrição extintiva na lei de improbidade*. Revista APMP, v. 11, n. 45, p. 49-54, out./jan. 2008.

Dessa forma, o disposto na parte final do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição da República deveria ser considerado como exceção constitucional à regra da prescritibilidade, assim como ocorre com as previsões contidas nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Carta Magna.

Conforme destacado pela Advocacia-Geral da União, a literalidade da norma contida na parte final do parágrafo 5º permite concluir pela sua eficácia imediata e aplicabilidade direta, de modo que, havendo prejuízo ao patrimônio público, deverá haver o respectivo ressarcimento, sem que incida sobre tal pretensão qualquer prazo prescricional. O dispositivo constitucional em questão teria, portanto, separado a prescrição das ações de ressarcimento das ações de imposição das demais sanções legais previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Em decorrência da garantia outorgada constitucionalmente ao patrimônio público, a recomposição dos danos ao erário poderia ocorrer por meio de ação de ressarcimento *stricto sensu*, de caráter indenizatório, bastando que se fizesse o mero enquadramento formal do ato ímprobo, a qualquer tempo e independentemente da existência de ação própria de improbidade ou penal.

Assim, a ação de ressarcimento ao erário possuiria contornos próprios e prescindiria da prévia declaração do ato como ímprobo em ação específica, observando-se a instrumentalidade das formas e a necessidade de economia e celeridade processuais.

Em seu memorial apresentado aos Ministros da Suprema Corte, a Advocacia-Geral da União também destacou o atual cenário político brasileiro, o qual possuiu inegável influência na fixação da tese discutida no julgamento do Recurso Extraordinário. A interpretação sociológica da Constituição, levando-se em conta a crise por que passava a sociedade brasileira à época – e que se estende até os dias atuais –, marcada por escândalos de corrupção e por incontáveis notícias de vilipêndio ao erário, exigiria que a interpretação do dispositivo fosse empregada no sentido da máxima proteção ao patrimônio público, sob pena de esvaziamento do comando constitucional originário.

Por fim, na defesa da tese da imprescritibilidade, o órgão ressaltou que a ação de ressarcimento do patrimônio público demanda muito tempo, dinheiro e recursos humanos,

considerando ainda a notória ausência de estrutura ideal na Administração Pública para a apuração das infrações, o que implicaria a necessidade do reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, a fim de evitar maiores perdas e déficits nos cofres públicos.

2.4 Os votos dos Ministros

Após a análise dos autos, e depois de intensas discussões sobre a questão constitucional que envolvia a definição da interpretação a ser conferida ao parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, deu parcial provimento ao Recurso Extraordinário nº 852.475/SP para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e, conseqüentemente, determinar o retorno dos autos do processo ao Tribunal recorrido para que, configurada a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, apreciasse o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento ao erário.

No transcorrer dos debates em plenário, foram levantados diversos temas interessantes que merecem destaque. Se, por um lado, os defensores da tese da prescritibilidade sustentavam principalmente a necessidade da sobreposição das razões de segurança jurídica, da interpretação histórica e sistêmica da Constituição Federal e da expressa previsão constitucional sobre imprescritibilidade; por outro lado, os Ministros que votavam pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário suscitavam questões mais atinentes ao interesse público, conferindo uma interpretação, pode-se dizer, “teleológica contemporânea” ao dispositivo, tendo em vista as reiteradas referências a casos de corrupção e de desvio de verbas públicas ocorridos na época do julgamento do recurso.

Apesar da exposição das teses de forma clara e precisa por parte da maioria dos Ministros, 2 (dois) foram os que se destacaram, em razão da alteração dos seus votos anteriormente proferidos.

Nesse sentido, confira-se a certidão de julgamento disponibilizada nos autos do recurso extraordinário:

“Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso,

Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que davam provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Falou pelo recorrido o Dr. Georghio Alessandro Tomelin. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 2.8.2018.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 897 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao tribunal recorrido para que, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Vencidos os Ministros Alexandre do Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.8.2018.”

Inicialmente, os Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso votavam a favor do reconhecimento da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Não obstante, na fase final do julgamento, isto é, após todos os outros Ministros já terem apresentado seus respectivos votos, ambos retificaram os seus entendimentos para adotar a tese diametralmente oposta e votar pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin.

No início do seu voto, o Ministro Luiz Fux destacou que a Constituição Federal foi expressa quando quis estabelecer a imprescritibilidade. Assim, a regra no direito brasileiro seria a prescritibilidade de todas as pretensões, de modo que o que se mostra excepcional deve ser interpretado restritivamente, não sendo a tese da imprescritibilidade aplicável ao dispositivo constitucional em questão.

Além disso, sustentou o entendimento de que o fato de o particular se submeter a um prazo prescricional para o ajuizamento de ações de ressarcimento em face do Poder Público exigiria que as ações de ressarcimento ao erário também fossem prescritíveis, sob pena de violação direta ao princípio constitucional da isonomia.

Por fim, para sustentar a prescritibilidade das ações de ressarcimento, o Ministro ainda argumentou que se, no direito penal, que é a última *ratio* e o ramo do direito que impõe as

maiores e mais gravosas sanções do nosso ordenamento jurídico, há prescrição para todos os crimes, em regra, com mais razão seria necessário reconhecer a prescrição das ações de ressarcimento, previstas pela Lei de Improbidade Administrativa como sanção ao agente pela prática de um ato ímprobo.

Apesar de tecer tais considerações, após o voto dos demais Ministros, quando o placar da votação estava se consolidando com 7 (sete) votos favoráveis à prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por atos de improbidade administrativa, o Ministro Luiz Fux retificou seu voto para fazer constar que, atualmente, a ideia da prescrição das ações de ressarcimento não se mostra consoante os princípios e a postura judicial do Supremo Tribunal Federal de que danos decorrentes de crimes e de atos de improbidade praticados contra Administração Pública não devem ficar imunes da obrigação de ressarcimento.

No caso do Ministro Luís Roberto Barroso, foi possível perceber a mesma sistemática: logo após a conclusão da retificação de voto pelo Ministro Luiz Fux, que deixava o placar do julgamento em 6 a 5 a favor do reconhecimento da prescrição das ações de ressarcimento ao erário, alterou suas razões de decidir e acolheu a tese da imprescritibilidade.

Em síntese, em suas primeiras manifestações nos autos do recurso, o Ministro reconhecia que a redação do parágrafo 5º do artigo 37 era ambígua e permitia 3 (três) possíveis linhas interpretativas: (i) a da prescritibilidade das ações de ressarcimento de danos causados à União, salvo os casos de improbidade; (ii) a de que a ação de ressarcimento seria prescritível, porém, uma vez obtida a condenação, a execução da condenação seria imprescritível; e (iii) a tese defendida pelo Relator Ministro Alexandre de Moraes, de que a parte final do art. 37, § 5º, da Constituição, prescreveria que a lei pode estabelecer prazos específicos no caso das ações de ressarcimento, com lapsos temporais mais alargados e distintos.

Com a retificação de seu voto, passou o Ministro Luís Roberto Barroso a entender que, tendo em vista a conjuntura política da época, bem como os anseios da sociedade contemporânea, deve-se adotar a tese da imprescritibilidade, a fim de possibilitar o retorno de valores eventualmente desviados aos cofres públicos, a qualquer custo. Veja-se alguns trechos da retificação do voto feita pelo Ministro:

“Antes do término desse julgamento, tendo levado em conta os argumentos jurídicos, e muitos argumentos que me foram trazidos ao longo desse intervalo que mediou o primeiro julgamento do outro, sobre as dificuldades, quando não impossibilidade de recuperação, muitas vezes, de dinheiros desviados, em que há uma delonga administrativa, há uma delonga no processo penal, eu me convenço de que, como regra geral, a prescritibilidade, neste caso, não produz o melhor resultado para a sociedade.

(...)

Agora, se um agente público ímprobo, que tenha praticado um ato de corrupção, tem consigo ainda o produto da improbidade, o produto do desvio, e isso possa ser judicialmente demonstrado, não tenho conforto em dizer que ele possa conservar o produto do crime ou o produto do desvio sem que o Estado possa pretender reavê-lo. Aqui, o ponto específico enfatizado no memorial da doutora Raquel Dodge, Procuradora-Geral da República, e que já havia sido mencionado também no voto do Ministro Fachin, é a impossibilidade de usucapião de bem público. Portanto, nem mesmo o possessor de boa-fé pode se tornar proprietário de um bem público, mesmo que o tenha em sua posse prolongada, de boa-fé. Se a Constituição não admite esta hipótese, parece-me difícil admitir que alguém que tenha a posse de um bem público desviado, portanto, de má-fé, não possa ser objeto de uma demanda judicial para reaver esse bem.”

Diante da situação verificada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, é possível perceber uma certa conotação política na decisão proferida pela maioria da Suprema Corte, principalmente no que tange à retificação dos votos dos Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso.

Isso porque, a retificação dos votos dos referidos Ministros se deu logo após todos os outros julgadores já terem decidido as suas linhas interpretativas e seus votos, de modo que o resultado final do julgamento somente foi revertido em favor da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário justamente em função da alteração dos votos manifestadas pelos Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso.

Dessa forma, o plenário do Supremo Tribunal Federal acabou por fixar a tese de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa, em função da interpretação que foi conferida ao artigo 37, § 5º, da Constituição da República.

Como demonstrado, o caminho para a fixação de tal tese de repercussão geral foi longo e demonstrou diversos possíveis conflitos interpretativos e posições antagônicas que surgiram a partir da redação do parágrafo 5º do artigo 37. Diante desse quadro, faz-se necessária uma análise mais detida e detalhada dos argumentos utilizados para sustentar cada uma das teses contrapostas no julgamento do recurso.

3. A TESE DA IMPRESCRITIBILIDADE

Dentre os julgadores que, ao final do julgamento, seguiram a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa pode-se citar os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmen Lúcia.

Na sessão de julgamento em plenário, a tese da imprescritibilidade foi levantada pelo Ministro Edson Fachin, que abriu a divergência em relação à tese adotada pelo Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

De acordo com Fachin, para a análise da questão suscitada deve-se ter em mente 4 (quatro) premissas sobre a matéria objeto de discussão.

A primeira delas é que a prescrição, efetivamente, constitui instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, dessa forma, compreende uma dimensão relevante e específica do princípio da segurança jurídica, que é princípio de caráter vinculante e estruturante do próprio Estado de Direito Democrático.

A segunda, consiste no fato de que existem, no âmbito normativo, diversas exceções explícitas no próprio texto constitucional à regra da prescritibilidade, como a prática dos crimes de racismo (artigo 5º, inciso XLII, da Constituição da República); a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição da República); e também o § 3º do art. 183, que trata da imprescritibilidade dos bens públicos.

Uma terceira premissa a ser considerada é a de que a norma constitucional do artigo 37, § 5º é expressa ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos, na esfera civil ou penal, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados os atos por qualquer agente. De acordo com o Ministro, todos estariam de acordo com essas 3 (três) primeiras premissas, sendo elas incontroversas e sob as quais não recai qualquer espécie de discussão.

O dissenso entre as teses e os entendimentos dos Ministros nasce, portanto, da expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, contida na parte final do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal.

Para o Ministro Edson Fachin, entretanto, essa ressalva contida no texto constitucional fatalmente nos levaria ao entendimento de que as ações de ressarcimento ao erário não se sujeitam a qualquer prazo prescricional.

Para se chegar a tal conclusão, sustentou-se a necessidade de uma interpretação sistemática, considerando-se também o disposto no § 4º do mesmo dispositivo, que assim dispõe:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Logo, no entendimento do Ministro, se o § 5º estiver se referindo a outra lei, tal lei deve tratar da forma e da gradação da prescrição, e não da prescrição em si. Não deveria a lei infraconstitucional, portanto, se ocupar da necessidade ou não da prescrição, eis que já prevista na Constituição da República, uma vez que, pela própria natureza do instituto, “prescrição” não pode ser considerada como espécie do gênero “gradação” ou do gênero “forma”.

Ainda no entendimento do Ministro Fachin, a matéria em discussão no Recurso Extraordinário diz respeito à tutela dos bens públicos. O problema de se dizer que é necessário estabelecer um lapso temporal dentro do qual deve fluir um prazo para essa forma de prescrição, uma vez que está a se tratar do âmbito patrimonial, seria que, por outro lado, haveria uma clara imputação de ofensa ao patrimônio público.

Conclusão diversa poderia soar, inclusive, paradoxal. Nas palavras de Edson Fachin:

“Por isso, para quem tem sustentado - e faço parte dessa ordem de sustentação - a constitucionalização dos Direitos, de um modo geral; e a constitucionalização do Direito Privado, de um modo especial; e, de modo ainda mais especial, da constitucionalização do Direito Civil, some um paradoxal essa colonização do Direito Público por espaços tradicionais do Direito Privado oitocentista, porque o que se coloca aqui é uma regra que está no Estado Democrático de Direito, é uma regra que está dentro da Constituição e que diz claramente que a lei que estabelece os prazos de

prescrição para os ilícitos, tais como referidos no § 5º desta Lei, estão ressalvadas as ações de ressarcimento.”

Assim, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento não guardaria qualquer incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a questão atinente à ofensa à coisa pública, isto é, à corrupção, frequentemente encontraria na prescrição um “biombo” por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público.

Sobre a controvérsia envolvendo o princípio normativo e o ideal republicano da segurança jurídica, o Ministro ressaltou que, nessa perspectiva, a segurança jurídica não leva, necessariamente, a autorizar a proteção a quem causar prejuízo ao erário e locupletar-se da coisa pública, pelo decurso do lapso temporal.

Acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos do recurso, destacou-se que a imprescritibilidade constitucional não constitui uma injustificada e eterna obrigação de guarda, pelo particular, de elementos probatórios aptos a levar à conclusão de que inexistente o dever de ressarcir, mas, sim, uma afirmação da importante proteção da coisa pública da qual todos os indivíduos da sociedade também são titulares, assim como cada cidadão, ainda que indiretamente.

Dessa forma, não obstante a indiscutível prescrição da ação de improbidade em si, que geraria as sanções por improbidade, ainda seria possível prosseguir ou ajuizar uma ação específica para fins de ressarcimento do dano causado ao erário, na qual o Juízo teria que estabelecer que houve a prática do ato ímprobo e que a improbidade não pode ser sancionada porque está prescrita, mas que, todavia, cabe a reparação do dano.

Acompanhando os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, os Ministros Rosa Weber, Carmen Lúcia e Celso de Mello ainda destacaram que não há que se falar em inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, de modo que o que está sujeita à prescrição é a apuração das punições do agente público que praticou o ato ímprobo.

Nesse sentido, haveria um regime de responsabilidade que decorre da própria forma republicana, o qual prescreve que todos os agentes públicos são responsáveis perante a lei. A

Lei de Improbidade Administrativa seria, assim, um gênero do qual a probidade administrativa é espécie.

Como se vê, a tese foi muito bem sustentada nos autos do recurso, tendo baliza em um amplo espectro de doutrinadores, como, por exemplo, Pedro Roberto Decomain, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Waldo Fazio Júnior.

De acordo com Pedro Roberto Decomain²², o dispositivo constitucional em questão possui dois comandos distintos, o que leva à conclusão pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

“Há nele dois comandos, ambos dirigidos ao legislador ordinário.

O primeiro lhe ordena: estabeleça prazo de prescrição para punições aplicáveis a agentes públicos pela prática de atos que causem prejuízo ao Erário. É o que consta da primeira parte do parágrafo.

Já o segundo comando impõe: não estabeleça prazo para prescrição da pretensão de ressarcimento dos danos que o ilícito haja imposto ao Erário. Como se vê, exatamente o inverso do primeiro.

Fosse para pretender prescritível também a pretensão a obter decisão judicial condenando o agente público causador do dano ao Erário a ressarcir-lo, a segunda parte do parágrafo não teria o menor sentido. Bastaria ter dito: a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao Erário. Estivesse o dispositivo redigido desta forma e não haveria qualquer controvérsia: também a ação de ressarcimento de danos ao Erário, a ser intentada em face do agente público causador de tais danos, ficaria sujeita a prazo prescricional.

Muito ao inverso, porém, o que do dispositivo consta é, na segunda parte, uma expressa ressalva à incidência do comando contido na primeira. Assim, a distinção que se impõe é inescindível: a lei deve prever prazos de prescrição da pretensão punitiva penal e também da pretensão punitiva administrativa, em face de atos ilícitos praticados por agentes públicos e dos quais hajam decorrido prejuízos patrimoniais ao Erário. Atinente à responsabilidade civil do agente pelo ressarcimento de tais danos, todavia, a ação é imprescritível.”

José dos Santos Carvalho Filho²³, por sua vez, destaca a controvérsia que gira em torno da restrição ao direito de defesa do réu em decorrência da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, concluindo, entretanto, pela imprescritibilidade dessas ações:

“Pelo texto constitucional, pode concluir-se que a Carta, no caso de ilícitos oriundos de agentes do Poder Público, admitiu ações prescritíveis e ações imprescritíveis, referindo-se, em relação a estas, ao ressarcimento de prejuízos. Desse modo, em se tratando de efeitos administrativos e penais, advindos da conduta ilícita, haverá prescritibilidade, na forma estabelecida na lei. Para os primeiros, a lei será federal,

²² DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 393.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 609 e 1147.

estadual, distrital ou municipal, conforme o caso; para os últimos, a lei será privativamente federal (art. 22, I, CF).

Consequentemente, no que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a imprescritibilidade da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: prazo prescricional) para que o Poder Público possa propor a ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelos prejuízos que o mesmo lhe causou.¹²⁸ Diante da garantia constitucional, ‘o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído’, como já consignou notável constitucionalista. (...)

Primeiramente, a imprescritibilidade abrange apenas a ação que vise ao ressarcimento de prejuízos causados por atos de agentes do Poder Público, ou seja, daqueles que, mediante título jurídico formal conferido pelo Estado, sendo servidores ou não, estejam no exercício de função pública. Destarte, se o causador do dano é terceiro, sem vínculo com o Estado, não se aplica o art. 37, § 5º, da CF. Incide, pois, na hipótese, a regra geral para a prescrição da pretensão de reparação civil, contemplada no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, que fixa o prazo de três anos. Nesse caso, observar-se-á o postulado normal da prescritibilidade das pretensões, com escora no princípio da segurança jurídica.

(...)

De início, deve-se registrar que a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe foram causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art. 37, § 5º, da CF. Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade.

Apesar da dicção constitucional, há interpretação no sentido da imprescritibilidade da pretensão, sob o argumento de supressão do direito de defesa relativamente ao autor do dano, eis que teria ele que guardar documentação probatória por tempo além do razoável.⁵⁹⁴ Com a vênia devida, não abonamos essa linha de pensamento. Se o agente lesou o erário, que espelha a face patrimonial da sociedade, é justamente a ele que devem ser atribuídos os ônus probatórios, inclusive a guarda indefinida dos respectivos elementos. Não fosse assim, e estaria esvaziado o princípio constitucional da proteção ao patrimônio público.”

Ainda, a conceituada administrativista e professora da Universidade de São Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴, sustenta que:

“A prescrição da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23, que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.”

No mesmo sentido é a lição de Waldo Fazio Júnior²⁵:

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp.789 e 790.

²⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 311.

“A prescrição extintiva, sabe-se, consiste na perda de determinado direito por falta de exercício, durante lapso temporal estabelecido em lei. No art. 37, § 5º, da Constituição Federal, está dito que a “lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Dessa norma de eficácia contida complementável, desde logo, é possível inferir que é imprescritível a ação de ressarcimento de danos causados ao erário, mercê da ressalva estabelecida em sua parte final. Assim, o prefeito que, mediante ato de improbidade administrativa, carrear danos ao erário não se livrará da ação de ressarcimento, com apoio na prescrição. Claro que, em relação às outras sanções cominadas para as condutas tecidas no art. 10 da LIA, o prazo prescricional incidirá.”

Não obstante, apesar de a maioria da doutrina mostrar-se partidária da tese da imprescritibilidade, também há de se destacar uma outra corrente, que milita em favor da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos de improbidade administrativa, realizando uma interpretação sistêmica e histórica da Constituição Federal e conferindo maior valor a dois dos princípios mais importantes do nosso ordenamento jurídico: os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa.

4. A TESE DA PRESCRITIBILIDADE

Apesar dos sólidos argumentos elencados em favor da tese da imprescritibilidade, diversos Ministros fundamentaram seus votos no sentido de considerar prescritíveis as ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa.

A defesa da tese da prescritibilidade dessas ações foi aberta pelo próprio Relator, Ministro Alexandre de Moraes, posteriormente acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Nos termos do voto do Ministro Relator, a inovação contida no artigo 37 da Constituição da República, ao estabelecer sanções diferenciadas entre os atos ilícitos em geral e os atos de improbidade administrativa, inclusive com a sua previsão em parágrafos distintos, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a chamada “ilegalidade qualificada”.

No mesmo sentido, veja-se a lição de José Afonso da Silva²⁶:

“A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”

Ou seja, a Constituição Federal determinou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção e de todos aqueles que o auxiliem, com o objetivo de prevenir o colapso da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de se desenvolver uma administração corrupta, descredida e ineficiente.

A Constituição Federal, portanto, no campo civil, pretendeu punir mais severamente o agente público corrupto que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e a moralidade administrativa. Contudo, para

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 673.

tanto, exigiu a tipificação legal das condutas denominadas “atos de improbidade” e geradoras das graves sanções previstas no seu § 4º do art. 37 e disciplinadas no art. 12 da Lei 8.429/1992, de maneira a possibilitar a ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido, percebe-se que, para a caracterização do ato de improbidade administrativa, mostra-se essencial a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa). Há no âmbito civil, portanto, a necessidade de apontar os fatos e imputações de cada um dos réus, mesmo que não se exija a mesma rigidez de tipicidade do campo do Direito Penal, pois não há responsabilidade objetiva que possibilite a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, devendo ser demonstrado e comprovado o elemento subjetivo do tipo.

O desrespeito às regras legais para o processo e julgamento dos agentes por atos de improbidade administrativa, editadas em observância ao § 4º do art. 37, inclusive no tocante ao prazo prescricional para o ajuizamento da ação, conflita de forma direta com a garantia do devido processo legal. Em última análise, a tese da imprescritibilidade prejudicaria o integral exercício do direito de defesa dos acusados.

Isso porque, não é proporcional exigir do homem médio que guarde, além de um prazo razoável, a documentação necessária para uma eventual defesa. Assim, não se teria a possibilidade do pleno exercício do direito de defesa no caso do reconhecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

Na defesa da tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento, destacam-se as lições de Marino Pazzaglini Filho²⁷:

“Perante a redação do § 5º do art. 37 da Carta Magna, é imprescritível a ação de ressarcimento de danos? Entendo que não. Primeiro, porque a norma constitucional não afirma que a ação ordinária de ressarcimento é imprescritível. E a imprescritibilidade, por ser exceção ao princípio da segurança jurídica nas relações jurídicas, é expressamente consignada do Texto Maior, v.g., art. 5º, XLII (“a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”); art. 5º, XLIV (“constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”)

²⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 230.

Clito Fornaciari Júnior²⁸, ressaltando a excepcionalidade da imprescritibilidade no nosso ordenamento jurídico, destaca que a norma constitucional prevista no art. 37, § 5º:

“(…) nada diz, de modo direto e expreso, sobre a prescrição da ação de ressarcimento de danos, tratando apenas de anunciar que lei futura estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por agentes públicos que causem prejuízo ao erário, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

“(…) a imprescritibilidade deveria estar expressamente prevista na Constituição, exatamente porque da prescrição tratou a Lei Maior, delegando a sua disciplina, quanto a alguns aspectos, às menores. Se não procedeu do mesmo modo com relação ao ressarcimento, isso sozinho não autoriza concluir ter adotado a tese da não prescrição. Tanto é assim que, quando a Constituição previu demandas ou sanções não sujeitas à prescrição, fê-lo de modo expreso, como se verifica relativamente aos crimes de racismo (art. 5º, inciso XLII) e quanto às ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV). Não houve, relativamente a esses temas, um silêncio ou a simples proibição de norma inferior tratar do assunto, mas claramente se retirou a incidência do tempo sobre os fatos, proclamando-se a imprescritibilidade.”

No mesmo sentido são os ensinamentos de Rita Andrea Rehem Almeida Tourinho²⁹:

“No que se refere às ações de ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidades, apesar da Constituição Federal tê-las excluído do prazo prescricional a ser estabelecido por lei, não afirmou que estas seriam imprescritíveis. Pensamos que o texto constitucional pretendeu que não fossem estabelecidos prazos inferiores ao constante no Código Civil.

Observe-se que toda vez que o texto constitucional estabelece a imprescritibilidade o faz expressamente. Assim, quanto trata do crime de racismo estabelece que ‘constitui crime inafiançável e imprescritível’ (art. 5º, XLII). Da mesma forma, afirma que ‘constitui crime inafiançável e imprescritível’ a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV). Ora, o artigo 37, § 5º da Constituição apenas afirma que as ações de ressarcimentos decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei para ilícitos praticados por agentes públicos. Em momento algum afirmou que estas ações de ressarcimento seriam imprescritíveis.

Argumentar-se, em favor da imprescritibilidade do ressarcimento dos danos decorrentes de atos de improbidade administrativa, a proteção ao erário e, em consequência, ao interesse público, não procede.

Como vimos os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais à coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial, mesmo que este pertença ao Estado. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de homicídio, que atenta contra a vida – bem maior, passível de proteção – prescreve em 20 anos.”

²⁸ FORNACIARI JUNIOR, Clito; ESTEVES, Carolina Bonadiman; COLA, Felipe de Souza Costa. *Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por atos de improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n. 165, p. 33-38. jan./dez. 2005.

²⁹ TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 274, 7 abr. 2004, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5054>>. Acesso em: 5 de outubro de 2019.

Mais do que contrapor os princípios da supremacia do interesse público ao da segurança jurídica, a adoção da tese da imprescritibilidade suprime o direito ao devido processo legal e, especialmente, à ampla defesa, uma vez que geraria a cada cidadão o dever de guardar eternamente comprovantes dos mais diversos negócios jurídicos firmados com a Administração Pública, o que evidentemente se mostra inviável e inimaginável, comprometendo o direito à defesa dos cidadãos.

Assim, não se trata simplesmente de uma questão de segurança jurídica ou de garantia de direitos ou interesses particulares. Está em jogo também a garantia da Justiça, abrigando dilemas inerentes ao próprio interesse público primário.

Sobre o ponto, é a esclarecedora lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰, que anteriormente se coadunava com a tese de que as ações de ressarcimento ao erário seriam imprescritíveis:

“Até a 26ª edição deste Curso admitimos que, por força do § 5º do art. 37, de acordo com o qual os prazos de prescrição para ilícitos causados ao erário serão estabelecidos por lei, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, estas últimas seriam imprescritíveis. É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa. Com efeito, em tal caso, os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica. Simplesmente parecia-nos não haver como fugir de tal disparate, ante o teor desatado da linguagem constitucional.

Já não mais aderimos a tal desabrida inteligência. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.

Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) — e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida —, ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade. Eis, pois, que reformamos nosso anterior entendimento na matéria.

Como explicar, então, o alcance do art. 37, § 5º? Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal expressada, de separar os prazos de

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 1064 e 1065.

prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não terão por que obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.”

Além disso, não seria razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como de responsabilidade penal, houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade. Nesse sentido, faz-se necessária uma interpretação restritiva do texto constitucional para que se permita o afastamento excepcional da aplicação do princípio da prescritibilidade.

Na defesa da tese, chamou-se atenção, ainda, para a interpretação histórica do dispositivo constitucional.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, a redação inicial do § 4º do art. 44 – equivalente ao atual § 5º do art. 37 – do Primeiro Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização foi elaborada da seguinte forma:

“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS”

Porém, quando da apresentação do Segundo Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, foi acolhida a exclusão dessa expressão clara e incisiva – “que serão imprescritíveis” –, tendo sido, conseqüentemente, expurgada do texto, conforme se verifica pela leitura do seu § 5º do antigo art. 38, correspondente ao atual § 5º do art. 37.

Nesse sentido, tem-se que a exclusão da hipótese de imprescritibilidade foi uma clara e consciente opção do legislador constituinte em privilegiar a segurança jurídica, restringindo ao máximo as excepcionalidades.

A expressão contida na atual parte final do parágrafo 5º do artigo 37 constituiu, portanto, uma simples ressalva que teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei específica exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa.

Nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

“(…) relevantes elementos históricos que permitem concluir que, embora a imprescritibilidade tenha sido cogitada no que tange às ações de ressarcimento do erário, ela foi, ao final, rechaçada, numa inequívoca e consistente opção pela prescritibilidade. E justificou a manutenção da ressalva no art. 37, § 5º, da Constituição: garantir a recepção e a aplicação das normas infraconstitucionais vigentes até que viesse a ser promulgada a lei prevista no art. 37, § 4º, da Lei Maior.”

Como se vê, ao se ampliar a possibilidade de sanções por atos de improbidade administrativa, e em respeito aos princípios da reserva legal e da anterioridade, a Constituição da República passou a exigir a edição de lei específica para tipificar as condutas correspondentes a atos de improbidade administrativa. Nesse momento, houve o justo receio do legislador constituinte originário quanto à ocorrência de interpretações que pudessem impossibilitar ações de ressarcimento ao erário pela prática de atos ilícitos tradicionalmente entendidos como improbidade administrativa, desde a década de 1940, mas ainda não tipificados pela nova legislação, que somente foi editada em 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, o § 4º somente seria aplicado a partir da edição da legislação infraconstitucional correspondente, o que poderia acarretar um vácuo jurídico em relação ao ressarcimento ao erário nas hipóteses de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, que a legislação já admitia e que, certa e futuramente, seriam definidas como atos de improbidade administrativa. Em relação a essas hipóteses, o § 5º solucionou a questão da recepção, permitindo a continuidade das ações de ressarcimento ao erário nos prazos prescricionais já existentes, até a edição da lei específica (Lei 8.429/1992), a qual, inclusive, poderia nunca ter sido editada.

Portanto, a ressalva do § 5º do art. 37 permitiu a recepção dos prazos prescricionais existentes para as ações de ressarcimento decorrentes de graves condutas de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública pela legislação até então em vigor, até que fosse editada a lei específica exigida pelo § 4º do mesmo artigo. Portanto, não seria possível falar em qualquer hipótese implícita de imprescritibilidade contida no artigo 37 da Constituição Federal.

Em defesa da tese da prescritibilidade, discorre Elody Nassar³¹ que:

“Não teria lógica o texto constitucional, de uma vez só, ter tachado de imprescritível uma infinidade de ações de ressarcimento, todos os dias propostas contra a Administração Pública. Aqui parece residir a incongruência do pensamento de que todas as ações de ressarcimento serão imprescritíveis.

Ora, o art. 37, § 5º, da Constituição Federal apenas afirma que as ações de ressarcimento decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei para ilícitos praticados por agentes públicos.

Como já afirmamos neste trabalho, não pode prosperar a tese da imprescritibilidade de ações, eis que a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção. Argumentar-se, em favor da imprescritibilidade do ressarcimento de danos decorrentes do ato de improbidade administrativa, a proteção ao erário e, em consequência, ao interesse público, não procede.

Como vimos, os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais à coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de homicídio, que atenta contra a vida – bem maior passível de proteção –, prescreve em vinte anos.”

Na sustentação da tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, destacou-se, ainda, a impossibilidade de se argumentar que a imprescritibilidade poderia atrapalhar o combate à corrupção.

De acordo com o Ministro Relator, Alexandre de Moraes, trata-se de uma falácia muito levantada na véspera e durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, de modo a tentar conduzir a opinião pública e pressionar a Suprema Corte a entender pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato dolosos de improbidade administrativa, principalmente tendo em vista o contexto político e social que girava em torno da Operação Lava-Jato.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

“Primeiro eu queria rechaçar o que, para mim, com o perdão da dureza da palavra, é uma falácia que foi dita por vários membros do Ministério Público - e eu fui membro do Ministério Público - de que a imprescritibilidade atrapalharia o enfrentamento da corrupção. O que atrapalha o enfrentamento da corrupção é a incompetência. Alguém, seja órgão da Administração ou Ministério Público, que tem ciência do fato, tem cinco anos para investigar - ou doze, dezesseis, se corresponde a crime -, na verdade, se, nesse prazo, não conseguiu o mínimo para ingressar com a ação, ou é porque nada há, ou porque é incompetente. Esse é o primeiro ponto.

Porque, fez-se, durante essa semana, um marketing de que a imprescritibilidade atrapalha o combate à corrupção - chegou-se ao absurdo de dizer que atrapalha a Lava-

³¹ NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 257.

jato, para conseguir apoio da imprensa. Ora, nem os prazos de prescrição correram, ainda, em relação à Lava-jato; já é uma vacina para prevenir eventual incompetência.”

Ademais, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, se se demora na propositura das ações, o resultado é exatamente a não obtenção do ressarcimento. O que a defesa do patrimônio público exige é de fato a propositura das ações e a cobrança efetiva e imediata dentro dos prazos determinados.

Dessa forma, o máximo que se poderia interpretar é que a ressalva consiste em exceção ao princípio da legalidade. Entretanto, uma análise sistemática da Constituição nos permite concluir que não é esse o comando constitucional.

Estaríamos diante de circunstância diversa se a regra geral do sistema jurídico brasileiro fosse a imprescritibilidade, hipótese em que o § 5º do artigo 37 constituiria exceção e a ressalva teria o condão de garantir a aplicação da regra geral. Contudo, a prescritibilidade é a regra no nosso ordenamento. Os casos de imprescritibilidade foram expressamente elencados na Constituição Federal, sendo que a técnica legislativa utilizada nas normas de exceção não deixaram dúvidas quando quiseram prever a imprescritibilidade.

Diante desses argumentos, é possível concluir que deve prevalecer o interesse público primário, de modo que não há como o ordenamento jurídico privilegiar o interesse público secundário do ressarcimento ao erário em detrimento do interesse público primário da segurança jurídica e da ampla defesa.

5. CONSEQUÊNCIAS DO JULGAMENTO

Como se viu, apesar dos argumentos empregados pelos Ministros nas defesas das duas principais teses desenvolvidas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa sagrou-se vencedora, com 6 (seis) votos a seu favor.

A fixação de tal entendimento, entretanto, traz diversas consequências para os âmbitos jurídico, social e político.

De início cumpre ressaltar que, apesar de se tratar de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso, o entendimento firmado pela Suprema Corte deve ser adotado por todos os órgãos do Poder Judiciário.

O Tema 897 da repercussão geral constitui precedente que orienta os demais casos que versem sobre a mesma matéria, devendo ser seguido para as hipóteses em que se discute a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em razão de atos dolosos, previstos na Lei de Improbidade Administrativa.

No que se refere aos efeitos sociais e políticos da decisão, como muito bem salientado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, destaca-se que o reconhecimento da imprescritibilidade permite que o ingresso das ações de ressarcimento ao erário seja desvirtuado em razão de motivações políticas, objetivando unicamente influir na luta pelo poder.

Veja-se o seguinte trecho do seu voto:

“E nós sabemos que essas ações são muito animadas por motivações políticas, uma vez que no contexto atual elas podem ser propostas de maneira - desculpe, doutora Raquel [Dodge], a franqueza - flagrantemente irresponsável, no sentido jurídico.
(...)
Então, é curioso isso. Como tratar desse tema? Eu estou colocando problemas concretos, porque, a manter-se dada jurisprudência, faz-se um convite para que funções públicas sejam exercidas por aventureiros.”

Além disso, importante ressaltar que, apesar de toda a construção argumentativa desenvolvida no sentido contrário, é possível verificar que não necessariamente o

reconhecimento da imprescritibilidade promoverá uma efetiva melhora ou ampliação do combate à corrupção.

Trata-se, antes, de uma questão de competência dos órgãos investigadores. Ou seja, de nada adianta tornar imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário se, nos casos concretos, se demora a tomar atitudes, a investigar e a cobrar judicialmente dos agentes públicos o ressarcimento dos prejuízos que causaram ao patrimônio público.

Na prática, o que ocorrerá é que o particular ainda será obrigado a guardar consigo durante anos e quiçá durante a vida inteira, todos os comprovantes das operações e dos negócios jurídicos firmados com a Administração Pública, a fim de se resguardar contra uma eventual ação de ressarcimento que possa surgir a bel prazer dos órgãos investigadores, a qualquer tempo.

É evidente, assim, o descompasso entre a atuação processual do Poder Público e a atuação processual do particular acusado em uma eventual ação de ressarcimento por ato de improbidade, eis que muito raramente as pessoas físicas irão guardar, por décadas a fio, os documentos que lhes conferem o condão de comprovar a sua inocência. O Poder Público, por outro lado, possui estrutura, material e capacidade suficientes para manter em seus arquivos, por períodos de tempo às vezes indeterminados, qualquer espécie de documentação que permita sustentar uma acusação baseada em ato de improbidade administrativa, ainda que este tenha ocorrido há anos ou há décadas.

O reconhecimento da imprescritibilidade dessas ações constitui, nesse sentido, uma clara afronta e limitação às garantias constitucionais do investigado, especialmente no que se refere ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, previstos nos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição da República.

E tudo isso objetivando atender interesses institucionais e políticos, tendo em vista atual conjuntura do país, que, no afã e sob o pretexto de combater a corrupção a todo e qualquer custo, não raramente acaba por suprimir direitos e garantias individuais tão caros à nossa ordem constitucional vigente e ao Estado Democrático de Direito.

A jurisprudência, como não poderia deixar de ser – em função do caráter vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal – já tem se manifestado no sentido de justamente acolher a tese firmada no julgamento do Recurso Extraordinário ora em análise e entender como imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa.

É esse o entendimento que vem sendo consolidado nos Tribunais de Justiça do país³²:

“Direito Administrativo. Município de Macaé. Ação Civil Pública em face de ex-Prefeito. Ato de improbidade administrativa consistente no depósito de verba pública em cooperativa inidônea e sem autorização do BACEN para atuar como instituição financeira, trazendo prejuízos ao erário. Sentença de procedência. Recurso do réu. Desacolhimento. Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato doloso de improbidade administrativa, ou seja, que impliquem enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou dano intencional à Administração Pública, reconhecida pela Suprema Corte, em repercussão geral, no julgamento do RE nº 852.475/SP: [...] Não há incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de improbidade, eis que não raras vezes a prescrição é o biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público. Para o ministro Fachin, a segurança jurídica não autoriza a proteção pelo decurso do lapso temporal de quem causar prejuízo ao erário e se locupletar da coisa pública. A imprescritibilidade constitucional não implica injustificada e eterna obrigação de guarda pelo particular de elementos probatórios aptos a demonstrar a inexistência do dever de ressarcir, mas na confirmação de indispensável proteção da coisa pública. [...] (Informativo 910, RE 852475/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julg. em 8.8.2018). (...) Ao realizar operação financeira em inobservância às normas legais, ensejando danos ao Município, o ex-Prefeito praticou ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10 da Lei nº 8.429/92, devendo ressarcir integralmente o erário das quantias indevidamente depositadas na CREDINORTE, como prevê o art. 12, II, da referida legislação. Eventual recebimento de numerário pelo Município no processo falimentar deverá ser deduzido do valor da condenação. Desprovimento do recurso.”

“APELAÇÕES CÍVEIS. RITO ORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO. CONTRATO ADMINISTRATIVO REALIZADO SEM LICITAÇÃO A PREÇOS SUPERIORES AOS DE MERCADO. Gratuidade judiciária. Pessoa jurídica. Possibilidade apenas para o ato de recorrer (apelação), porque comprovada a situação momentânea de hipossuficiência econômica por meio de balanços e demonstração financeira. Prescrição. Inocorrência. De acordo com decisão do STF, no RE 852.475, Tema 847, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Dolo comprovado no caso em exame. (...) Sucessivos pactos para a contratação de serviço de transporte público realizados sem o necessário procedimento licitatório (ou de dispensa de certame), praticados com valores muito além daqueles usualmente cobrados no mercado. Ausência de hipótese de inexigibilidade ou dispensa de concorrência pública. Necessidade de ressarcimento dos cofres públicos dos valores cobrados a mais,

³² TJRJ, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, Apelação Cível nº 0000506-43.2007.8.19.0028, j. 20.03.2019; TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, Apelação Cível nº 1001113-03.2016.8.26.0360, j. 16.10.2019; TJRS, 2ª Câmara Cível, Rel. Desa. Lúcia de Fátima Cerveira, Agravo de Instrumento nº 0189275-94.2019.8.21.7000, j. 25.09.2019.

montante que também limita a indisponibilidade dos bens. Majoração da verba honorária, nos termos do disposto no art. 85, § 11, do CPC/15. Sentença de procedência do pedido mantida. Recursos não providos, com observação.”

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ART. 23, I, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARGO EM COMISSÃO. ADITAMENTO DA INICIAL. INCLUSÃO DE PEDIDO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. In casu, conquanto se possa considerar prescritas as cominações da Lei de Improbidade, considerando que o agravante exerceu suas atividades até 24/04/2011, e a ação somente foi ajuizada em 13/12/2017, portanto, quanto já ultrapassado o prazo disposto no art. 23, I, da Lei de Improbidade Administrativa (“As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;”), o fato é que, a inicial restou aditada, para incluir nos pedidos o pleito de ressarcimento dos danos ao erário. 2. Consoante julgamento, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, do recurso extraordinário nº 852.475/SP (Tema 897), são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.”

Também é essa a jurisprudência fixada pelos Tribunais Regionais Federais³³ do Brasil:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES RELATIVAS AO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DEMAIS PRAZOS PRESCRICIONAIS FIXADOS NOS TERMOS DO ART. 23, II, DA LEI Nº 8.429/92 C.C. O ART. 142, §2º, DA LEI 8.112/92. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. DISCUSSÃO REMANESCENTE APENAS NO TOCANTE AO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

- O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpôs recurso de apelação visando a reforma da r. sentença que, em sede de ação civil pública, reconheceu a ocorrência da prescrição e, em consequência, extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, VI, do Código de Processo Civil de 1973.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa. A decisão foi tomada, no dia 08/08/2018, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 852475, com repercussão geral reconhecida.

- Quanto aos demais prazos, o artigo 23, inciso II, da lei nº 8.429/92, estabelece que o prazo prescricional para a ação de improbidade é aquele previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. (...)

- Na espécie, então, a prescrição deve tomar por base a pena aplicada de 02 (dois) anos de reclusão, ocorrendo, portanto, no prazo de 04 (quatro) anos, de acordo com o art. 109, inc. V, do Código Penal.

- Tendo em vista que os fatos remontam ao período compreendido entre janeiro e agosto de 2013, operou-se a prescrição em agosto de 2007, bem antes do ajuizamento desta ação (16/02/2011).

- O Ministério Público já tinha ciência, em 2004, do inquérito policial que teve como base o processo administrativo da Caixa Econômica Federal instaurado em 2004 e que culminou com a demissão dos servidores.

- Discussão posta nos autos se limita ao ressarcimento ao erário. (...)

³³ TRF-3, 4ª Turma, Rel. Des. Mônica Nobre, Apelação Cível nº 0000939-02.2011.4.03.6102, j. 21.02.2019; TRF-4, 3ª Turma, Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, Apelação Cível nº 5009269-16.2016.4.04.7001, j. 30.07.2019.

- Apelação parcialmente procedente, para afastar a ocorrência da prescrição relativa ao ressarcimento ao erário e, em consequência, anular a r. sentença, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para o regular prosseguimento do feito, com a produção de provas e a prolação de novo julgado.”

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIOS FIRMADOS ENTRE MUNICÍPIO E O MINISTÉRIO DA SAÚDE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. RE 852475 (TEMA 897). RECEBIMENTO DA INICIAL. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 1. Nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, a regra que estabelece a necessidade do Juiz receber a petição inicial busca evitar a propositura de ações flagrantemente infundadas, sem qualquer embasamento tanto legal quanto probatório capaz de caracterizar a existência de indícios de ofensa aos valores jurídicos que a ação visa preservar. 2. A rejeição liminar da ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve ocorrer somente nos casos em que as alegações e/ou provas apresentadas conduzam o Magistrado à conclusão imediata de que os fatos narrados não configuram atos de improbidade, ou que ação é improcedente, ou que há falhas formais capazes, desde logo, de impedir o prosseguimento do feito. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 852475 (Tema 897), decidiu que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 4. Reconhecida a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário e tendo em vista os indícios de conduta ímproba, não há como ser obstado o seguimento da ação, uma vez que o debate probatório conclusivo deve se dar em âmbito judicial, em homenagem à proibição de proteção deficitária da moralidade administrativa (artigo 37, caput, da Constituição Federal).”

Como se percebe, a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário vem sendo aplicada por todos os tribunais do país. Apesar da força da tese contrária, fato é que a jurisprudência não poderia atuar de forma diferente, tendo em vista a força vinculante do acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 987 da repercussão geral.

CONCLUSÃO

Em conclusão, é possível destacar que, como se viu, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP constituiu um julgamento acirrado, em que a maioria dos Ministros julgou parcialmente procedente o recurso para entender que as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa são imprescritíveis, tendo sido fixada a seguinte tese para fins de repercussão geral: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

A opção dos Ministros pela tese da imprescritibilidade atendeu aos anseios sociais contemporâneos advindos do discurso que sustenta o combate à corrupção a qualquer custo, especialmente quando se analisa a conjuntura política que se firmou com o desenvolvimento da Operação Lava Jato.

Entretanto, fato é que os anseios punitivos da sociedade, apesar de extremamente importantes e necessários, não possuem - ou não deveriam possuir - o condão de afastar as garantias individuais constitucionalmente previstas.

Assim, não parece que a melhor interpretação a ser dada ao parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal seja aquela que lhe foi conferida pela Suprema Corte do país.

A tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em última análise, acaba por suprimir ou, no mínimo, dificultar de forma considerável o direito à ampla defesa do particular nas ações de ressarcimento por danos causados ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa.

Nos casos em que as ações de ressarcimento em questão sejam propostas dez, vinte, ou trinta anos após a alegada prática do ato de improbidade administrativa, por exemplo, a dificuldade que o acusado terá em angariar provas e documentos que possibilitem a sua defesa será considerável. Além disso, destaca-se que, assim como bem lembrado pelos Ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, a tese da imprescritibilidade ainda permite que o ressarcimento seja cobrado do acusado sem que sequer tenha havido a conclusão pela prática

do ato de improbidade em ação por improbidade administrativa própria, uma vez que tal ação ainda continua sujeita à prescrição.

Dessa forma, poderemos nos deparar com a inimaginável situação em que, apesar de não ter sido condenado pela prática do ato de improbidade administrativa em ação específica, ainda assim poderá o particular ser obrigado a ressarcir os danos causados aos cofres públicos.

Para o ressarcimento, entretanto, é inegável que será necessária a comprovação mínima do ato de improbidade. O problema que aqui vem sendo suscitado é que, sendo imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, é praticamente impossível exigir que o agente guarde consigo durante toda a sua vida os documentos comprobatórios para instruir a ação e comprovar sua inocência - ainda mais quando a ação de improbidade administrativa já se encontre prescrita -, no aguardo da movimentação dos órgãos estatais no sentido de buscar o ressarcimento ao erário quando bem entenderem.

Em que pese a solidez e a construção argumentativa em sentido contrário, entende-se que a melhor interpretação do dispositivo em questão seria aquela que garantisse a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, eis que também restaria prestigiada a segurança jurídica, um dos elementos mais caros ao Estado Democrático de Direito.

Não se mostra razoável compreender que a Constituição da República, ao impor a ressalva prevista na parte final do parágrafo 5º do artigo 37, tenha simplesmente ignorado todos os seus demais dispositivos que garantem a estabilização das relações sociais e jurídicas e permitido uma situação radicalmente contrária aos princípios que adota.

Em uma interpretação sistêmica, é possível compreender até com certa facilidade que, tendo em vista os próprios princípios fundantes do Estado Democrático de Direito no Brasil, a Constituição Federal sempre buscou preservar as relações jurídicas e a sua estabilização.

Dessa forma, mostra-se como melhor interpretação para o dispositivo a que culmina na preservação da segurança jurídica a partir do reconhecimento da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa.

A fixação da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário ainda se mostra a mais adequada tendo em vista justamente a interpretação sistêmica e histórica da Constituição da República.

Conforme destacado por diversas vezes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, o texto constitucional foi expresso quando pretendeu impor a imprescritibilidade, sendo essa a exceção em todo o sistema jurídico brasileiro.

Quando se referiu aos crimes de racismo (artigo 5º, inciso XLII), à ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV), aos bens públicos (artigo 183, § 3º) e aos direitos sobre as terras indígenas (artigo 231, § 4º), a Constituição foi inequívoca, fazendo referência expressa à imprescritibilidade. Tal situação, porém, não verificou quando da edição do parágrafo 5º do artigo 37 do texto constitucional, fato que sugere uma opção do legislador constituinte por manter como prescritíveis as ações de ressarcimento ao erário por danos decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa.

Analisando-se o elemento interpretativo histórico, também é possível concluir pela tese da prescritibilidade. Como apontado no voto dos Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, o artigo 44, § 4º do Projeto da Constituição Federal de 1988 previa expressamente a imprescritibilidade.

Contudo, em uma clara tentativa de justamente tornar prescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, retirou-se a expressão “que serão imprescritíveis” do artigo para fazer constar a ressalva hoje existente no artigo 37, § 5º: “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Veja-se, a seguir, uma comparação entre os dois dispositivos:

Art. 44, § 4º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS”

Art. 37, § 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Portanto, nos parece que a intenção do legislador constituinte originário foi a de impedir a imprescritibilidade dessas ações de ressarcimento, tendo sido a ressalva feita simplesmente para evitar que, no período em que não houvesse a edição da lei específica que regulamentasse e desse plena eficácia ao dispositivo constitucional de eficácia limitada, as ações de ressarcimento não fossem obstaculizadas, podendo ser propostas mesmo sem a edição da norma infraconstitucional.

Como se vê, diversos são os argumentos e as construções doutrinárias que permitem a conclusão pela prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

Dessa forma, diferentemente do que restou consignado no acórdão lavrado nos autos do Recurso Extraordinário 852.475/SP, entende-se que a melhor interpretação da norma contida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição da República seria aquela que resguarda a finalidade do legislador constituinte originário na edição do dispositivo, a segurança jurídica e, principalmente, o direito dos agentes investigados à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:
10 nov. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 set.
2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 8.429/92*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>.
Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852475/SP*, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 08/08/2018. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>> Acesso em: 25 out.
2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível n.º 1001113-03.2016.8.26.0360*, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho. j. 16.10.2019. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsgr/resultadoCompleta.do;jsessionid=356F81FC96A7B458DE8D9027345A80A1.cjsgr3>> Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0000506-43.2007.8.19.0028*, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho. j. 20.03.2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>> Acesso em: 17 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 0189275-94.2019.8.21.7000*, Rel. Desa. Lúcia de Fátima Cerveira. j. 25.09.2019. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70082173667&codEmenta=7706337&temIntTeor=true> Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Cível nº 0000939-02.2011.4.03.6102*, Rel. Desa. Mônica Nobre. j. 21.02.2019. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7302690>> Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº 5009269-16.2016.4.04.7001*, Rel. Desa. Vânia Hack de Almeida. j. 30.07.2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001163926&versao_gproc=4&crc_gproc=0a5fac77> Acesso em: 5 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FARIA, Antônio Celso Campos de Oliveira. Prescrição extintiva na lei de improbidade. Revista APMP, v. 11, n. 45, p. 49-54, out./jan. 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORNACIARI JUNIOR, Clito; ESTEVES, Carolina Bonadiman; COLA, Felipe de Souza Costa. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por atos de improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n. 165, p. 33-38. jan./dez. 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HUMBERTO, Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil – vol. III*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAULA, Allan Versiani de et al. *A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Volume I – Introdução ao Direito Civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, Volume I*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. *Jus Navigandi*, Tereresina, 7 abr. 2004, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5054>>. Acesso em: 5 out. 2019.